

## اثبات الدعوى بالنكول في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة

د. نجم الدين قادر كريم الرنكي \*

### التعريف بالبحث:

يسعى هذا البحث إلى دراسة « النكول » بوصفه طريقاً من طرق الإثبات القضائي، في الفقه الإسلامي، بمذاهبه المختلفة؛ فيعالج ما يتعلق به مفهوماً وأحكاماً وآثاراً قضائية. وقد اتخذت الدراسة منهجاً وصفيّاً استنباطياً، بغية تمهيد البحث في تأصيل هذا المفهوم والتعرف على أحكامه وتكييفه الفقهي والتماس آثاره في مجالات الإثبات المدني والجنائي. وقد خلّصت الدراسة إلى أنّ النكول طريقة من أهم الطرق القضائية للإثبات، غير أن المذاهب الفقهية اختلفت هل يكون النكول حجة بذاته؟ فذهب فريق منهم إلى أنه حجة نافذة. وقال آخرون: حجة بشرط رد اليمين على المدعي؛ بينما ذهبت الظاهرية إلى أنه لا يكون حجة مطلقاً؛ بل يؤمر بحبس الناكل وضربه حتى يقر أو يحلف، فلا يقضى له بمجرد نكول خصمه. وذهب الإمام ابن تيمية وابن القيم إلى صحة القضاء بالنكول؛ أما الرد إلى المدعي فيدور مع المصلحة والحكمة التي يراها القاضي ويستجلبها من ظروف الواقعة وملايسات القضية. ويرجح هذا البحث الرأي الأخير، وبذلك يكون النكول حجة، غير أن اعتباره في الواقعة حجة بذاتها أو مع رد اليمين يخضع للاعتبارات المصلحية التي يقتضيها تحقيق قواعد العدالة والإنصاف.

✽ أستاذ مشارك في جامعة الشارقة، ولد في السليمانية، العراق، عام ١٩٧٥م، حصل على درجة الماجستير في الفقه وأصوله من الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا عام ٢٠٠٠م، وكان عنوان رسالته: « الاجتهاد في مورد النص دراسة أصولية مقارنة »، وحصل على درجة الدكتوراه من الجامعة نفسها عام ٢٠٠٣م، وكان عنوان رسالته: « نظرية السياق دراسة أصولية »، كما حصل على درجة الدكتوراه في القانون المدني من جامعة ملابا بماليزيا عام ٢٠١٠م، وكان عنوان رسالته: « قوانين السنيهوري المدنية للدول العربية وأهميتها التشريعية في ميزان القوانين الحديثة والشريعة الإسلامية ». له عدد من الكتب والبحوث المنشورة.



## المقدمة

تتميز الشريعة الإسلامية عن غيرها من الدساتير والشرائع والقوانين بأنها شريعة ربانية غير محرّفة، وهذه السمة هي التي جعلتها خالدة مخلّدة، صالحة مُصلحة لكل زمان ومكان، حيث إن ميزة المصدر السماوي المنزه تضيفي دلالة حياة وقوة على بنود أحكامها، وتُظهر بدائع انسجامها، وتجسّد مظاهر تنوعها وتعدد أدلتها في وحدة تكامل شاملة، فتساير مستجدات الحياة البشرية في انسجام وتوافق تام وفي استجابة متميزة لمتطلبات الكيان الإنساني ووظيفته في الكون.

وفقهاؤنا المسلمون قد أكسبتهم معرفة الشريعة خصائص ومميزات قلما تتوافر في غيرهم؛ بل نكاد نقول: ليس هناك من يداني فقهاءنا ويعلوهم شأنًا في التمكن من معالجة الواقع البشري برمته، في ظلال النصوص التشريعية ومقاصدها، على الرغم من تباعد الزمان بها، وتكاثر الوقائع واستبدادها، وتوارد النوازل واستجدادها، في عصور الإسلام المتلاحقة.

وفقه القضاء يُعدُّ من أهم الجوانب التشريعية خطورة، وأبرزها سلطاناً على الواقع البشري، حيث إن تحقيق العدل والمساواة، وبسط الرخاء والأمن، وطمأننة المجتمع أفراداً وجماعات، حكماً ومحكومين، على ضروراته وحاجاته، وحقوقه وحظوظه، في الحياة، من المهام التي يضطلع بها القضاء، فتقوم عليه أسس الفصل في الخصومات، ودعائم الإلزام بالواجبات، على أن أحكام القضاء تتسم بصفة الإلزام من ناحية، وتدور في فلك الاجتهاد التطبيقي من ناحية أخرى. والقاضي في الشريعة الإسلامية وسط بين طرفين مختصمين، بين الحكام والمحكومين، بين الظالمين والمظلومين، بين الحق والباطل، وبين اللجنة والنار!

وفضلاً عن شهادة نصوص الكتاب والسنة، بأن هذه الأمة أخرجت للناس لتُقيم ميزان القسط في الأرض، فإن الفقه الإسلامي ظل يملك من الضوابط والتشريعات والقيم الأخلاقية ما يسابق به التشريعات الوضعيّة، وظل قادراً دوماً على ردّ سهام النقد المتواصل الموجه إليه من خصومه المدّعين لتعثره، الذين رَوّجوا لضعفه وحاولوا إثبات عجزه عن مسايرة الواقع وتلبية مسجدياته؛ بحجة تطور علوم النفس والاجتماع والعمران البشري وتغير الأنماط السلوكية والاجتماعية بشكل هائل؛ ما يجعل الفقه الإسلامي واقفاً على عتبة الحياة المعاصرة لا يدخلها إلا حرجاً ضيقاً كأنما يصعد في السماء، على حد زعمهم.

أقول: إن الفقه الإسلامي بمعالجته لهذه المسألة التي نحن بصددّها، ولغيرها من القضايا الفقهية الشائكة العتيقة، قد أثبت أنه منظومة قانونية راقية تراعي مبادئ العلوم الاجتماعية بشكل واسع النطاق، ويكفي ما ناقشه العلماء في هذه المسألة «الإثبات بالنكول» برهاناً على صلاحية الفقه الإسلامي، وامتلاكه لعناصر المرونة والقوة؛ فقد بحثوا النكول على حقيقته، واكتشفوا جميع عناصره، وأحاطوا بجميع الظروف والدواعي والملابسات التي تكتنف النكول وتحتضنه؛ ليُلبّوا له حكماً، ويكيّفوه شرعاً.

#### أهمية الدراسة:

تعود أهمية دراسة النكول إلى أنه من أهم طرق الإثبات؛ حتى إن ابن رشد قال: «القضاء يكون بأربع: بالشهادة، وباليمين، وبالنكول، وبالإقرار أو بما تركّب من هذه»<sup>(١)</sup>

(١) بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ابن رشد القرطبي، ص ٨٢٨.

بل عدّه الحنفية الطريقة الثالثة من طرق الإثبات الثلاث عندهم، فقد جاء في فتح القدير أن «الحكم من القاضي يكون بأمور ثلاثة: البينة والإقرار والنكول»<sup>(١)</sup>.

وقال ابن عابدين: «بلغت طرق القضاء ثلاثاً: البينة والإقرار والنكول»<sup>(٢)</sup>.

### هيكل الدراسة:

لقد سرت في منهج المعالجة لهذا الموضوع على تقسيم البحث إلى مبحث تمهيدي، وثلاثة مباحث أساسية.

أما المبحث التمهيدي فقد جعلته للتعريف بالإثبات بوصفه مصطلحاً قضائياً، وتناولت فيه تعريف الإثبات لغةً واصطلاحاً، والمقصود منه، ومن يكلفه؟ وهل يتوقف القضاء بالإثبات على الطلب؟ والحجج الشرعية التي تثبت بها الدعوى إجمالاً.

وأما المبحث الأول فقد بحثت فيه حقيقة النكول، وضمّنته فقرات في تعريف النكول لغةً واصطلاحاً، وما يُعدّ نكولاً في مجلس القضاء، والنكول عن حضور مجلس القضاء، وما يقضى فيه بالنكول.

وأما المبحث الثاني فقد عقدته للتكييف الشرعي للنكول عند الفقهاء، ذكراً ومناقشاً أدلتهم، موضحاً لها ومحرراً.

وأما المبحث الثالث فقد جعلته بياناً للحكم الشرعي الذي يتعلق بالنكول، وبيّنت في ذلك خمسة مذاهب، وناقشت فيها الأدلة مع الترجيح بالدليل. ثم جاءت الخاتمة، وفيها استخلاص نتائج البحث.

(١) نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار المعروف بتكملة فتح القدير، شمس الدين أحمد بن محمود الرومي المعروف بقاضي زاده، ج ٨، ص ١٦٧.

(٢) رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين بن عمر بن عابدين، ج ٥، ص ٥٤٦.

## المبحث التمهيدي

### التعريف بالإثبات والدعوى وأحكامهما

بما أن موضوع البحث هو « إثبات الدعوى بالنكول »؛ فإنَّ من الضَّروري التعريفَ بمصطلح الإثبات والدعوى، وذلك لتوقف معرفة حقيقة النكول عليهما، ولتوضيح بعض الجوانب المتعلقة بطرق إثبات الدعوى في القضاء، حيث إن مصطلح النكول جزئي يندرج تحت أحكام كليّه الذي هو « أحكام إثبات الدعوى »، وقد ثبت عند أهل العلم أن معرفة الجزئي دائرة مع معرفة الكلي الذي يندرج تحته، وأن الفرع يدل على معنى الأصل وزيادة تستقل به وتميزه عما يشركه من الجزئيات والأفراد. وإليك بيان حقيقة « الإثبات » و« الدعوى » فيما يأتي:

#### ١ - تعريف الإثبات والدعوى لغةً واصطلاحاً.

وردت مادة « ثبت » في اللغة لتدل على دوام الشيء واستقراره وصحته، يقال: ثبت الشيء يثبت ثبوتاً: دام واستقر، وثبت الأمر: صح. ويتعدى بالهمزة والتضعيف، فيقال: أثبتته وثبته، بمعنى: جعل الشيء دائماً مستقراً أو عدّه صحيحاً<sup>(١)</sup>.

والإثبات كما يعرفه رجال القانون هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطريقة التي يحددها القانون على وجود حق متنازع عليه<sup>(٢)</sup>.

(١) المصباح المنير، أحمد بن محمد الفيومي، ص ٣١.

(٢) الإثبات في المواد المدنية، عبد المنعم فرج الصدة، ص ٤٥؛ الوسيط في شرح القانون المدني، عبدالرزاق أحمد السنهوري، ج ٢، ص ١٤.

ومن منظور الفقه الإسلامي عرّفه كل من الدكتور محمد الزحيلي والدكتور عبدالله الركبان بأنه « إقامة الحجة أمام القضاء بالطرق التي حدّتها الشريعة على حق أو واقعة تترتب عليها آثار شرعية »<sup>(١)</sup>.

والتعريف يتفق مع تعريف الموسوعة الفقهية للإثبات بأنه: إقامة الدليل الشرعي، أمام القاضي في مجلس قضائه، على حق أو واقعة من الوقائع تترتب عليها آثار. فإذا قام الدليل أمام القاضي، بالطرق المعتمدة، على حق أو على واقعة معينة، ترتب الآثار الشرعية المبينة على صحة ذلك الدليل<sup>(٢)</sup>.

أما الدعوى في اللغة العربية فاسم لما يدعى، وتأتي مادتها للدلالة على الطلب والتمني، كقوله تعالى: ﴿ هَلُمَّ فِيهَا فَكَيْهَهُمْ وَلَهُمْ مَا يَدْعُونَ ﴾ [يس: ٥٧]، وتأتي بمعنى الدعاء كقوله تعالى: ﴿ دَعَوْنَهُمْ فِيهَا سُبْحَنَكَ اللَّهُمَّ وَبِحَمْدِهِمْ فِيهَا سَلَامٌ ﴾ [يونس: ١٠]، وتستعمل كثيراً بمعنى إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً له على الغير، ويقال: ادعاه: صيره يُدعى إلى غير أبيه، وادعى كذا: زعم أنه له، حقاً أو باطلاً<sup>(٣)</sup>.

وقد عرف القرافي الدعوى اصطلاحاً فقال: « الدعوى الصحيحة: طلبٌ معيّن أو ما في ذمة معيّن أو ما يترتب عليه أحدهما، معتبرة شرعاً، لا تكذبها العادة. فالأول كدعوى

(١) وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، محمد الزحيلي، ج ١،

ص ٢٣؛ النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود، عبدالله العلي الركبان، ج ١، ص ٨٣.

(٢) موسوعة الفقه الإسلامي، ج ٢، ص ١٣٦؛ الموسوعة الفقهية، ج ١، ص ٢٣٢.

(٣) انظر القاسوس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، ص ١١٧٩.

أن السلعة المعينة اشتراها منه أو غصبت منه. والثاني كالديون والسلم... والثالث كدعوى المرأة الطلاق»<sup>(١)</sup>.

وعرفها الدكتور محمد نعيم ياسين من المعاصرين بقوله: « قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء، يقصد به إنسان طلب حق له أو لمن يمثله أو لحمايته »<sup>(٢)</sup>.

## ٢- المقصود من إثبات الدعوى.

شُرِعَ الإثباتُ من أجل وصول المدعي إلى حقه، أو حمايته من التعرض له بوجه من وجوه الأذى المعبرة في الشريعة الإسلامية، وذلك كالنيل من كرامة الإنسان، وإهدار إنسانيته، والفتك بجسمه، وانتهاك حرمة دمه وماله، والتعرض بالأذى لعرضه، والإخلال بصحته النفسية والعقلية، وما إلى ذلك من صنوف الأذى والابتزاز، وضروب الاعتداء. فإذا أثبت دعواه لدى القاضي بوجهه الشرعي المعترف به، وتبين أن المدعى عليه قد منعه حقه، أو تعرض له بغير حق، منعه القاضي عن تمرده في منع الحق، وأوصل الحق إلى أهله ومستحقه<sup>(٣)</sup>.

(١) الفروق، شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، ج ٤، ص ٧٠.

(٢) انظر نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، محمد نعيم ياسين، ص ٨٣.

(٣) انظر درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر، ج ٤، ص ٥٧٢.

### ٣- من يُكَلِّفُ إثبات الدعوى؟

الأصل في الإثبات عند الفقهاء قوله ﷺ: «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»<sup>(١)</sup>، وحديث: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى نَاسٌ دِمَاءَ رِجَالٍ وَأَمْوَالَهُمْ؛ وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»<sup>(٢)</sup>.

وبناءً على النصين السابقين، فقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على أن الإثبات يطلب من المدعي. وحكمة ذلك أن المدعي يدعي أمراً خفياً غير ظاهر، فيحتاج إلى إظهاره، والبينة تقوى على إظهاره، وذلك لأن البينة تقوم بكلام الشهود الذين ليسوا طرفاً في الخصومة، وذلك بخلاف اليمين، حيث إنها من كلام المدعي عليه الذي هو طرف في الخصومة، لكن لما كان للمدعي عليه ظاهر اليد أو البراءة الأصلية لم يحتج في المخاصمة إلا

(١) جزء من حديث أخرجه البيهقي بسنده عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: كَتَبَ ابْنُ عَبَّاسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ، قَالَ: «لَوْ يُعْطَى النَّاسُ بِدَعْوَاهُمْ لَادَّعَى رِجَالٌ أَمْوَالَ قَوْمٍ وَدِمَاءَهُمْ، وَلَكِنَّ الْبَيِّنَةَ عَلَى الْمُدَّعَى، وَالْيَمِينَ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ». وأخرج البخاري، بسنده عن نافع بن عمر عن ابن أبي مليكة قال: كَتَبْتُ إِلَى ابْنِ عَبَّاسٍ، فَكَتَبَ إِلَيَّ «أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ، قَضَى أَنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»، ولم يذكر «البينة على المدعي». وعند الترمذي بسنده عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ فِي خُطْبَتِهِ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعَى، وَالْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ»، وقال: هَذَا حَدِيثٌ فِي إِسْنَادِهِ مَقَالٌ. مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ الْعَرُزْمِيُّ يَضَعُ فِي الْحَدِيثِ مِنْ قَبْلِ حِفْظِهِ، ضَعْفَهُ ابْنُ الْمُبَارَكِ وَغَيْرُهُ. السنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، باب البينة على المدعي، حديث (٢١٢٠١)، ج ١٠، ص ٤٢٧؛ صحيح البخاري، أبو عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، باب إذا اختلف الراهن والمرتهن ونحوه، حديث (٢٥١٤)، ج ٣، ص ١٤٣؛ سنن الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، باب ما جاء في أن البينة على المدعي، حديث (١٣٤١)، ج ٣، ص ١٩؛ نصب الراية لأحاديث الهداية، جمال الدين بن يوسف الزيلعي، ج ٤، ص ٩٥-٩٦.

(٢) أخرجه مسلم، صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري، باب اليمين على المدعي عليه، حديث (١٧١١)، ج ٣، ص ١٣٣٦.



إلى إثبات استمراريته واستصحابه لحاله الأصلية، واليمين صالحة للاحتجاج على الدوام والاستمرار والاستصحاب. وبذلك يتبين أن هذه القاعدة النبوية أصل في العدالة، وغاية في الحكمة، ووضع للأشياء في مواضعها<sup>(١)</sup>.

ويجب على القاضي أن يجتهد في تحقيق مناط هذا الأصل، وذلك بأن يعرف من المدعي ومن المدعى عليه، فإن المعتبر في هذا الأصل هو المعنى وليس الصورة. وقد وضعت المذاهب الفقهية معايير عدة لتمييز المدعي من المدعى عليه<sup>(٢)</sup> فمعيار الحنفية كما يقول المرغيناني: «المدعي من لا يُجْبَرُ على الخصومة إذا تركها، والمدعى عليه من يُجْبَرُ على الخصومة»<sup>(٣)</sup> وعلى هذا فلا تلازم بين الصورة والمعنى، فقد يوجد الكلام من شخص في صورة المدعي وهو إنكار في المعنى، كالوديع إذا ادعى ردّ الوديعة، فإنه مدع للرد صورة، وهو منكر لوجوب الرد معنى<sup>(٤)</sup>.

ويرى المالكية أن المدعي «من تجردت دعواه عن أمر يصدّقه أو كان أضعف المتداعيين أمراً في الدلالة على الصدق»<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني، ج ٥، ص ٣٣٦-٣٣٧؛

الهداية في شرح بداية المبتدي، برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني، ج ٣، ص ١٥٤.

(٢) انظر نظرية الدعوى، محمد نعيم ياسين، ص ١٦٩-١٩٩.

(٣) الهداية، المرغيناني، ج ٣، ص ١٥٤.

(٤) انظر بدائع الصنائع، الكاساني، ج ٥، ص ٣٣٦؛ نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن

يوسف الجويني، ج ١٩، ص ٨٩؛ مغني المحتاج إلى معرفة ألقاظ المنهاج للنووي، محمد بن محمد الخطيب

الشربيني، ج ٦، ص ٤٤٦؛ المغني مع الشرح الكبير، موفق الدين ابن قدامة المقدسي، ج ١١، ص ٤٥١؛

الروض المربع بشرح زاد المستقنع، منصور بن يونس البهوتي، ص ٥٢٧.

(٥) الإشراف على نكت مسائل الخلاف، القاضي عبد الوهاب البغدادي، ج ٣، ص ٢٧١.

ومن معايير الشافعية أن من أنكر حقاً للغير فهو المدعى عليه، ومن حاول إثبات حقه على غيره فهو المدعى<sup>(١)</sup> يقول النووي في المنهاج: «المدعي من يخالف قوله الظاهر، والمدعى عليه من يوافقه»، ويقول شارحه الشربيني: «المدعي من لو سكت خُلّي ولم يطالب بشيء، والمدعى عليه من لا يُخْلَى ولا يكفيه السكوت»<sup>(٢)</sup>.

ويجمع الحنابلة بين معيارين اثنين، وهما المطالبة مع حرية الترك. قال البهوتي: المدعى عليه من يُطالبه غيره بحق، وإذا سكت عن الجواب لم يُترك<sup>(٣)</sup>.

والمعيار الذي تبناه الحنفية هو الأسلم والأرجح؛ لأنه أكثر الضوابط تحقيقاً لغاية التمييز بين المتداعين، وهي تحمّل عبء الإثبات؛ ولكن دون أن يهمل القاضي بقية المعايير، فإن الاستعانة بها جميعاً أولى. لذا كان الأحرى بقوانين بعض الدول الإسلامية أن تستنير بهذه المعايير الفقهية للتمييز بين حقيقة المتداعين، لما لهذا التحديد من أهمية تظهر في إلقاء عبء الإثبات على المدعى، وتحمله مصاريف الدعوى إذا قضي فيها بعدم الاختصاص أو ببطالان صحيفتها أو بعدم قبولها أو برفضها، كما يفيد ذلك في تحديد المحكمة المختصة محلياً في نظر الدعوى؛ وكذلك تختلف القواعد المتعلقة بغياب المدعي عن قواعد غياب المدعى عليه<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر نهاية المطلب في دراية المذهب، إمام الحرمين الجويني، ج ١٩، ص ٨٩-٩٢.

(٢) مغني المحتاج، الشربيني، ج ٦، ص ٤٤٦.

(٣) انظر كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي، ج ٤، ص ٢٢٧.

(٤) انظر نظرية الدعوى، محمد نعيم ياسين، ص ١٩١-١٩٩؛ وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، محمد الزحيلي، ج ٢، ص ٦٤٨-٦٧١.

#### ٤- هل يتوقف القضاء بالإثبات على الدعوى؟

اشترط الفقهاء في صحة القضاء بالإثبات واعتبار الحكم به في حقوق العباد، أن تكون هناك دعوى صحيحة، وأنه لا بُدَّ في ذلك من الخصومة الشرعية؛ فإذا صحت الدعوى لدى القاضي سأل المدعى عليه، فإن أقرَّ بها ثبتت آثار الدعوى، وإن أنكرها طلب من المدعي البرهان، فإذا أتى المدعي بدليله قضى له القاضي، بلا طلب المدعي للإثبات بالحكم في الدعوى، عند الحنفية والمالكية والشافعية في الأصح، وهو رواية عند الحنابلة، وذلك لأن برهان المدعي دليل على حرصه في طلب حقه، فلم يحتج إلى توكيده. بينما ذهب الحنابلة والشافعية في رأيهم إلى أن القاضي لا يجوز له الحكم على المدعي عليه إلا بعد طلب المدعي، وذلك لأن استحقاق الشيء يختلف عن استيفائه، والمدعي ببرهانه أثبت الاستحقاق ولم يطلب الاستيفاء، فلا ينبغي للقاضي التدخل في حق المدعي، وينبغي ألا يستوفيه إلا بطلبه<sup>(١)</sup>.

#### ٥ الحجج الشرعية التي تثبت بها الدعوى.

للفقهاء اتجاهان في بيان الطرق الشرعية لإثبات الدعوى، كما يأتي:

**الاتجاه الأول:** ذهب جمهور الفقهاء إلى حصر طرق الإثبات في طائفة معينة من الأدلة القضائية يتقيد بها الخصوم، ولا يقبل منهم غيرها من الأدلة ولو كانت مقنعة<sup>(٢)</sup> والذي اتفقوا عليه من الأدلة هو الإقرار والشهادة واليمين والنكول والقسامة،

(١) انظر المغني، ابن قدامة، ج ١١ ص ٤٥٠-٤٥١ موسوعة الفقه الإسلامي، ج ٢، ص ١٣٦-١٣٧.

(٢) انظر موسوعة الفقه الإسلامي، ج ٢، ص ١٣٦-١٣٧.

على خلاف بينهم في بعض التفاصيل؛ فهذه حجج شرعية يعتمد عليها القاضي في حكمه وقضائه<sup>(١)</sup>.

وقد اختلفوا فيما وراء المتفق عليه من الأدلة القضائية الأخرى، فذهب الإمام مالك والشافعي وأحمد إلى الإثبات بالشاهد مع اليمين في الأموال وما يتعلق بها، وهو رأي أبي ثور والفقهاء السبعة المدنيين، بينما ذهب الإمام أبو حنيفة والثوري والأوزاعي وجمهور أهل العراق إلى أنه لا يقضى باليمين مع الشاهد مطلقاً<sup>(٢)</sup>.

وأضاف الحنفية والشافعية إلى ذلك علم القاضي - بشروطه المعينة - والقرينة الواضحة التي تصير الأمر في حيز المقطوع<sup>(٣)</sup>.

وجملة الأدلة القضائية الواردة الذكر في كتب الفقه هي: الإقرار، والشهادة، واليمين، والشاهد واليمين، والنكول، وعلم القاضي، والقرينة، والخط والقسامة، والقيافة، والقرعة، والفراصة، والكتابة، والخبرة، والمعاينة<sup>(٤)</sup>.

الاتجاه الثاني: ذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى اعتماد كل الأدلة المقنعة التي تثبت

(١) انظر نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ابن شهاب الرملي، ج ٨، ص ٣١٤؛ الموسوعة الفقهية، ج ١، ص ٢٣٣.

(٢) انظر المغني، ابن قدامة، ج ٩، ص ١٤٥؛ بداية المجتهد، ابن رشد، ص ٨٢٨؛ بحوث فقهية في قضايا معاصرة، عارف علي عارف، ص ٧٨.

(٣) المصادر السابقة، والإشارات السابقة.

(٤) انظر فقه القضاء والدعوى والإثبات، محمد الزحيلي، ص ٢٢٥-٣٢٤؛ موسوعة الفقه الإسلامي، ج ١ ص ١١٣٦-١٣٧. وورد في الطرق الحكيمة للإمام ابن القيم ذكر هذه الأدلة مع مناقشتها مقرونة بالترجيح والتأصيل، فليراجع.



الدعوى ويراهما القاضي منتجةً فيها؛ فهؤلاء لا يرون تحديد حجج معينة يتقيد بها الخصوم أو القاضي في الإثبات. ويعد الإمام ابن القيم (رحمه الله) من أكبر أنصار هذا الرأي، فقد قال: «إذا ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأي طريق كان، فثمَّ شرع الله ودينه، فأى طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفةً له»<sup>(١)</sup>.

ويقول أيضاً: «والمقصود أن البيئة في الشرع اسم لما يبيِّن الحقَّ ويُظهره، وهي تارة تكون أربعة شهود، وتارة ثلاثة، بالنص في بيئة المفلس، وتارة تكون شاهدين، وشاهداً واحداً وامرأة واحدة، ونكولاً، ويميناً، أو خمسين يميناً، أو أربعة أيمان، وتكون شاهد الحال في صور كثيرة. فقلوه ﷺ: «البيئة على المدعي»، أي: عليه أن يظهر ما يبيِّن صحة دعواه، فإذا ظهر صدقه بطريق من الطرق، حكم له»<sup>(٢)</sup>.



(١) انظر الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن قيم الحوزية، ص ١٦؛ نظام المرافعات: دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون المدني الأردني، عبد الوهاب خيرى العاني، ص ٢٦١-٢٧١.

(٢) -الطرق الحكمية، ابن القيم، ص ٢٤.

## المبحث الأول حقيقة النكول

لقد درج العلماء في تنزيل الحكم على الأمور أن يمهّدوا له بإعطاء تصور يميز ماهية المحكوم عليه، وذلك ليكون حكمهم على الأمور مناسباً للواقع ومحيطاً بجوانبه، وهم يردّدون في ذلك قاعدة عظيمة تقول: «الحكم على الشيء فرع تصوّره». وسيراً على مسلكهم القويم آثرت أن أقدم بين يدي القارئ مبحثاً مستقلاً يمهّد له تصور (النكول) على حقيقته، حتى يتسنى له الحكم عليه سلباً أو إيجاباً. وإليك بيانه فيما يأتي:

أولاً: تعريف النكول لغةً واصطلاحاً.

أ- تعريف النكول لغةً:

«النكول» مصدر نَكَلَ يَنْكُلُ وينكُلُ نكولاً، بمعنى نكص. يقال: نكل عن العدو وعن اليمين، ينكل: جبُن، والناكل: الجبان، والنكل من التنكيل، وهو المنع والتتحية عما يريده الإنسان. ومنه النكول في اليمين، وهو الامتناع منها، وترك الإقدام عليها<sup>(١)</sup>.

ب- تعريف النكول اصطلاحاً:

عرّف بعض الفقهاء النكول بأنه: «امتناع من وجبت عليه اليمين أو له من اليمين»<sup>(٢)</sup>، فالنكول إذاً هو الامتناع عن الحلف، بأن يقول بعد توجيه اليمين إليه:

(١) لسان العرب، ابن منظور، ج ١١، ص ٦٧٧-٦٧٨.

(٢) منح الجليل على مختصر خليل، أبو عبد الله محمد أحمد عيش، ح ٤ ص ٣٣٥؛ انظر القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي، عبد الفتاح محمد أبو العينين، ص ٣٤٥.

لا أحلف، أو أنا ناكل، أو أن يسكت، فلا يجيب، من غير عذر كافٍ أو رهبة من مجلس الحكم<sup>(١)</sup>.

ثانياً: ما يُعدّ نكولاً في مجلس القضاء.

لقد قسم الفقهاء ما يُعدّ نكولاً إلى قسمين، وهما:

(أ) ما يُعدّ نكولاً حقيقةً: وهذا القسم يكون بقول المدعى عليه: لا أحلف، أو أنا ناكل. فهذا القسم لا خلاف بين الفقهاء - القائلين بالنكول - في أن قوله يُعدّ نكولاً حقيقة، لصراحة قوله في ذلك، بحيث لو طلب العود إلى الحلف بعد ذلك، ولم يرض المدعي، لم يجب استحلافه. ويجوز الحكم على المدعى عليه إذا نكل أول مرة عن حلف اليمين، لكن الأولى أن يكلف اليمين ثلاث مرات؛ ليكون أقطع في إبلاغ العذر<sup>(٢)</sup>.

(ب) ما يُعدّ نكولاً حكماً: وذلك بأن يعرض القاضي اليمين عليه ثلاث مرات ويسكت في كل مرة ولا يُجيبه، فيرى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية أن سكوته بعد عرض اليمين إذا لم يكن لعارض كدهشة أو طرش أو خرس أو نحو ذلك من الآفات التي تمنعه من الكلام، فإنه يُعدّ نكولاً كذلك، وذلك لأنه امتنع عن اليمين المستحقة عليه.

(١) انظر تبصرة الأحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، برهان الدين إبراهيم بن فرحون، ج ١، ص ١٦٢؛ القضاء والإثبات، أبو العينين، ص ٤٠٠.

(٢) انظر معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، علاء الدين الطرابلسي الحنفي، ج ١، ص ٩٧؛ نهاية المحتاج، الرملي، ج ٨، ص ٣٥٧؛ المغني، ابن قدامة، ج ٩، ص ٢٣٥-٢٣٦؛ المحلى، ابن حزم الظاهري، ج ٩، ص ٣٧٤؛ درر الأحكام، علي حيدر، ج ٤، ص ٦٥٠.

واختلف الفقهاء: هل للقاضي أن يحكم بمقتضى نكوله بعد سكوته مباشرة؟ فذهب المالكية والشافعية إلى ضرورة صدور حكم من القاضي بنكوله بعد هذا السكوت، بأن يقول: جعلتك ناكلاً أو نكّلتك، وذلك لأن السكوت ليس صريحاً في النكول. وذهب الآخرون إلى أن للقاضي الحكم بذلك مباشرة؛ بدليل أنه لو سكت عن جواب الخصم يجعله القاضي مجيباً له، فكذا ههنا. ويرى الشافعية أن القاضي لو توّسم من المستحلف جهله بحكم النكول، وجب عليه أن يعرفه له، بأن يقول: إن نكولك يوجب حلف المدعي، وأنه لا تُسمع بيئتُك بعده<sup>(١)</sup>.

وهناك قضية أخرى تطرح نفسها في هذا السياق، وهي ما لو طلب الناكل العودة إلى الحلف بعد قضاء القاضي بالنكول أو بمقتضى النكول، ففي هذا الصدد يقول الطرابلسي الحنفي: «ولو قال المدعى عليه، بعد ما نكل عن اليمين ثلاث مرات: أنا أحلف، يخلّفه قبل القضاء بالنكول، وبعد القضاء لا يخلّفه؛ لأنه قبل القضاء أثر في إبطال كلام المدعي فاعتبر، وبعد القضاء أثر في إبطال القضاء فلم يعتبر، وصار كرجوع الشهود، قبل القضاء معتبر وبعده لا، إلا في حق الضمان، لما فيه من إبطال القضاء»<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج ١، ص ١٦٢؛ معين الحكام، الطرابلسي، ج ١ ص ٩٧؛ بدائع الصنائع، الكاساني، ج ٥، ص ٣٤٤-٣٤٥؛ الهداية، المرغيناني، ج ٣، ص ١٥٦؛ منح الجليل، عيش، ج ٤ ص ٣٣٥؛ نهاية المطلب، الجويني، ج ١٩، ص ١٠٠-١١١؛ المغني، ابن قدامة، ج ٩ ص ٢٣٥-٢٣٦؛ الروض المربع، البهوتي، ص ٥٢٣؛ المحي، ابن حزم، ج ٩، ص ٢٧٢؛ القضاء بالآيمان والنكول، عبدالفتاح محمود إدريس، ص ٣٥٢-٣٥٣.

(٢) انظر معين الحكام، الطرابلسي، ج ١ ص ٩٧؛ درر الحكام، علي حيدر، ج ٤، ص ٦٥١.



## ثالثاً: النكول عن حضور مجلس القضاء.

استدل بعض الفقهاء بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِّنْهُمْ مُّعْرِضُونَ﴾ (١) وَإِنْ يَكُنْ لَهُمُ الْحَقُّ يَأْتُوا إِلَيْهِ مُذْعِنِينَ (٢) أَفِي قُلُوبِهِم مَّرَضٌ أَمْ ارْتَابُوا أَمْ يَخَافُونَ أَنْ يَحِيفَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ وَرَسُولَهُ بَلْ أُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ [النور ٤٨-٥٠]، على وجوب إجابة الحاكم، والإثم بتأخرها. قال الإمام القرطبي: «واجب على كل من دعي إلى مجلس الحاكم أن يجيب، ما لم يعلم أن الحاكم فاسق، أو يعلم عداوة بين المدعي والمدعى عليه» (٣).

فعلى هذا ذهب كثير من الفقهاء إلى أن من دعي إلى مجلس القضاء وامتنع، حذره القاضي، وأرسل إليه، فإن امتنع بعث معه بعض أعوانه ليدعوه إليه، فإن امتنع طلب منه أن يرسل عنه وكيلًا، وأبلغ بأنه إذا لم يرسل فسينصب القاضي عنه وكيلًا، وسيسمع دعوى المدعى وبينته. فإذا لم يحضر المدعى عليه بعد ذلك إلى المحاكمة، ولم يرسل وكيلًا، نصب القاضي له وكيلًا يحافظ على حقوقه، وسمع الدعوى والبيئة في مواجهة الوكيل المذكور، ودققها، فإذا تحقق أنها مقارنة للصحة، حكم بالدعوى بعد الثبوت (٤).

(١) الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، ج ٤، ص ٥٠.

(٢) انظر درر الحكام، علي حيدر، ج ٤ ص ٦٧٧؛ معين الحكام، الطرابلسي، ج ١، ص ٩٧؛ لمزيد التفصيل عن كيفية دعوة القاضي للمدعى عليه وكيفية إحضاره والإجراءات اللازمة لذلك من منظور الفقهاء ومنظور القوانين الحديثة راجع: نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، محمد نعيم ياسين، ص ٥٠٤ - ٥٢٠.

#### رابعاً: ما يُقضى فيه بالنكول.

القائلون بالنكول طريقاً مثبتةً في القضاء من الأحناف والحنابلة، يرون أنه إذا نكل المدعى عليه عن اليمين، وجب على القاضي أن يحكم عليه بالحق المدعى به، إن كان متعلقاً بالمال. وإن كان النكول عن اليمين في دعوى « القصاص » فلا يخلو إما أن تكون الدعوى في القصاص في النفس أو فيما دون النفس.

فإن كانت الدعوى في القصاص بالنفس فعند الإمام أبي حنيفة لا يقضى بالنكول، ويحبس المدعى عليه حين إقراره أو حلفه باليمين. وإن كانت الدعوى تتعلق بالقصاص في الطرف، فإنه يقضى بالقصاص في العمد، وبالدية في الخطأ. بينما ذهب أبو يوسف ومحمد إلى منع القضاء بالنكول في القصاص مطلقاً، في النفس أم في الطرف، ويحكم القاضي بالدية في النفس، وبالأرش في الأطراف. ومدار الاختلاف بينه وبينهما أن أبا حنيفة يرى أن النكول بذل<sup>(١)</sup>، وأبا يوسف ومحمداً يريان أنه إقرار، والإقرار بطريق السكوت فيه شبهة العدم، والقصاص يدرأ بالشبهات، وإذا سقطت المسؤولية الجنائية وجب بدؤها، وهو المسؤولية المدنية، فيجب التعويض بالمال، وهو الدية<sup>(٢)</sup>.

هذا، وإذا كان النكول عن الحلف في دعوى « السرقة » وجب الحكم على المدعى عليه بالمال، لا بالقطع؛ لأن النكول حجة في الأموال، دون الحدود الخاصة لله تعالى<sup>(٣)</sup>.

(١) البذل: الإباحة، وسيأتي بيانه.

(٢) انظر بدائع الصنائع، الكاساني، ج ٥، ص ٣٤٦، ٥١٦، ٥١٧؛ الروض المربع، البهوتي، ص ٥٣٣؛ البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، أحمد بن يحيى بن المرتضى، ج ٥، ص ٤١٠؛ مسائل من الفقه المقارن، هاشم جميل عبدالله، ج ٢، ص ٢٨٩-٢٩٠.

(٣) انظر المصادر السابقة والإشارات السابقة.

أما دعوى « القذف » فيرى أبو حنيفة أن النكول فيها يوجب الحد، لأنه بمنزلة القصاص في الطرف. ويرى أبو يوسف ومحمد أن النكول فيها غير موجب للحد، وإنما يوجب التعزير فقط، وذلك لقيام شبهة السكوت في الحد، والحدود تدرأ بالشبهات، على أن بعض الحنفية يرى أنه لا يقضى فيه بشيء، بل ولا يحلف، لأنه حد، بمنزلة سائر الحدود<sup>(١)</sup>.

هذا، ولا يصير النكول حجة عند الحنفية والمالكية يباح للقاضي أن يحكم بناءً عليه إلا إذا توافرت شروط صحته. فالمالكية لا يقضون بالنكول إلا إذا كان بين المدعى والمدعى عليه خلطة وسبب، بخلاف الجمهور. قال المازري: « مذهب مالك مراعاة الخلطة؛ لضرب من المصلحة، وذلك أنه لو وجبت اليمين لكل أحد على كل أحد؛ لابتذل السفهاء العلماء والأفاضل بتحليفهم مراراً كثيرة في يوم واحد. فجعل مراعاة الخلطة حاجزاً من ذلك »<sup>(٢)</sup> أما شروط القضاء به عند الحنفية فهي بإيجاز ما يأتي:

١- أن يكون النكول في مجلس القضاء وبعد عرض اليمين فيه؛ فإذا حصل العرض في غير مجلس القضاء أو حصل العرض فيه والنكول في غيره، لم تتوفر الحجة، ولم يجر الحكم بالنكول.

(١) انظر بدائع الصنائع، الكاساني، ج ٥، ص ٣٤٦، ص ٥١٦ - ٥١٧؛ الروض المربع، البهوتي، ص ٥٣٣؛ البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، أحمد بن يحيى بن المرتضى، ج ٥، ص ٤١٠؛ مسائل من الفقه المقارن، هاشم جميل عبدالله، ج ٢، ص ٢٨٩ - ٢٩٠.  
(٢) المعلم بفوائد مسلم، أبو عبدالله محمد بن علي المازري، ج ٢، ص ٢٦٣.

- ٢ أن يكون النكول عن يمين واجبة على المدعى عليه شرعاً، وبناءً على عرض القاضي، فلو امتنع عن اليمين الموجهة من قبل الخصم لم يُعدّ ناكلاً.
- ٣- أن لا يكون للمدعي بينة حاضرة بمجلس القضاء.
- ٤- أن لا يكون المدعى به حقاً خالصاً لله تعالى كالحدود وما في حكمها كاللعان.
- ٥- أن تكون الدعوى صحيحة شرعاً.
- ٦- أن يكون المدعى به مما يجوز الإقرار به شرعاً من المدعى عليه<sup>(١)</sup>.



(١) انظر بدائع الصنائع، الكاساني، ج ٥، ص ٣٣٨ وما بعدها؛ الهداية، المرغيناني، ج ٣، ص ١٥٦-١٥٨.



## المبحث الثاني التكليف الفقهي للنكول

لقد أسلفنا في المبحث السابق تعريفاً بالنكول، وفي هذا المبحث سيسلط الباحث الضوء على التكليف الشرعي للنكول حسب ما رآه الفقهاء، وإليك بيان ذلك فيما يأتي:

للفقهاء آراء مختلفة في تكليف النكول شرعاً؛ بين قائل بأنه إقرار أو بديل عنه، وقائل بأنه بذل، وقائل بأنه قائم مقام البيعة، وإليك تفصيل ذلك مع أدلة الفرقاء ومناقشتها فيما يأتي:

### المذهب الأول:

ذهب الإمام أبو يوسف والإمام محمد بن الحسن من الحنفية إلى أن النكول إقرار فيه شبهة. وقال ابن رشد من المالكية: إنه كالإقرار<sup>(١)</sup>.

وهؤلاء الفقهاء يرون أن نكول المدعى عليه عن حلف اليمين اعتراف، بمعنى قول المدعى عليه: إنني مدين للمدعي بعشرة دنانير، وبذلك يظهر كذبه في إنكاره السابق<sup>(٢)</sup>.

واستندوا في رأيهم هذا إلى جملة أدلة، من أهمها: أن الناكل كالممتنع من اليمين الكاذبة ظاهراً، فيصير معترفاً بالمدعى، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين؛ لوجود بواعث ذلك من إقامة الواجب ودفع الضرر عن نفسه، على أن فيه تحصيل ثواب ذكر الله تعالى على لسانه

(١) بدائع الصنائع، الكاساني، ج ٥، ص ٣٤٠؛ بداية المجتهد، ابن رشد، ص ٨٣٣؛ الطرق الحكيمة، ابن القيم، ص ١٢٥؛ نهاية المحتاج، الرملي، ج ٦، ص ٣١٥.

(٢) انظر درر الحكام، علي حيدر، ج ٤ ص ٦٥١.

تعظيماً له، ودفع تهمة الكذب عن نفسه، وإبقاء ماله على ملكه، فمع كل هذه البواعث يُعدُّ سكوته دليلاً على كذبه في الإنكار، إلا أنه لما كان دون الإقرار الصريح، لم يعمل في الحدود والقوَد، لأنه في نفسه سكوت<sup>(١)</sup>.

وقد وجهت إلى هذا الاستدلال اعتراضات، ومنها: أنه لا يصحُّ أن يكون الشخص مقرراً وهو مصرٌّ على إنكاره، وأن الإقرار إخبار وشهادة على نفسه، فكيف يجعل مقرراً شاهداً على نفسه بنكوله؟ على أنه لو كان مقرراً لم تسمع منه بيته نكوله بالإبراء والأداء، فإنه يكون مكذباً لنفسه<sup>(٢)</sup>.

### المذهب الثاني:

ذهب الإمام أبو حنيفة والإمام أحمد في إحدى الروايتين عنه إلى أن النكول يعدُّ بذلاً<sup>(٣)</sup>. ومعنى البذل ترك المنع لدفع الخصومة، يعني إعطاء المدعى به لمن يدعيه، وإباحته<sup>(٤)</sup> فإذا ادعى المدعي عشرة دنائير في ذمة المدعى عليه، وأنكر المدعى عليه، ولدى تكليفه بحلف اليمين نكل عن الحلف، فعند أبي حنيفة ومن حذا حذوه يُعدُّ هذا النكول بذلاً للدنانير العشرة في سبيل دفع الخصومة، وفداءً لتلك العشرة وإباحةً لها للمدعي، فهو غير مدين له في نفس الأمر<sup>(٥)</sup>.

(١) انظر الطرق الحكمية، ابن القيم، ص ١٢٥؛ بدائع الصنائع، الكاساني، ج ٥، ص ٣٤٠-٣٤١.

(٢) انظر الطرق الحكمية، ابن القيم، ص ١٢٥.

(٣) انظر بدائع الصنائع، الكاساني، ج ٥، ص ٣٤٠-٣٤١؛ الطرق الحكمية، ابن القيم، ص ١٢٤-١٢٥؛ درر

الحكام، علي حيدر، ج ٤، ص ٦٥٠-٦٥١.

(٤) درر الحكام، حيدر، ج ٤، ص ٦٥٠.

(٥) المصدر السابق، ج ٤، ص ٦٥٠-٦٥١.

وحجتهم في ذلك أنه لو اعتبر إقراره، لكان كاذباً في إنكاره، والكذب حرام، فيفسق بالنكول بعد الإنكار، وهذا لا دليل عليه في الشرع، فجعلناه بذلاً وإباحةً صيانةً له عما يقدح في عدالته، ويجعله كاذباً، فإن الأصل في المسلمين أن يكونوا عدولاً، والأصل في الذمم أن تكون بريئة<sup>(١)</sup>.

وقد وجّه العلماء سهام النقد إلى هذا الرأي، وعارضوه بجملة أمور، كما يأتي:

(أ) ما دام النكول بذلاً وفداءً وإباحةً وجب أن لا يملك المدعى به قبل القبض؛ مع أن الأحكام التي تصدر بناءً على النكول تنفذ جبراً.

وأجاب بعضهم عن هذا الاعتراض بأن النكول وإن كان بذلاً وفداءً إلا أنه ليس فداءً وإباحةً من كل وجه، بل هو فداءً فيه شبهة الإقرار، فلذلك يجوز أخذه من المدعى عليه جبراً<sup>(٢)</sup>.

(ب) أن الحكم واجب على الحاكم بالنكول ليس لذاته، بل لكونه طريقاً لدفع الخصومة والنزاع<sup>(٣)</sup>.

(ت) أن القصاص في الأطراف يقضى فيه بالنكول، ولو كان بذلاً لما قضي به، لأن البذل لا يعمل فيها.

(١) انظر الطرق الحكيمة، ابن القيم، ص ١٢٥؛ درر الأحكام، حيدر، ج ٤، ص ٦٥١؛ بدائع الصنائع، الكاساني، ج ٥، ص ٣٤٠-٣٤١.

(٢) درر الأحكام، حيدر، ج ٤، ص ٦٥١.

(٣) القضاء بالأيمان والنكول، إدريس، ص ٣٤٩-٣٥٠.

ث) أن النكول لو كان بذلاً لما جرى في الدين، لأن محل البذل هو الأعيان، لا الديون، إذ البذل لا يجري في الأوصاف، والدين وصف في الذمة.

ج) وقد اعترض عليه الإمام ابن القيم اعتراضاً دقيقاً فقال: «البذل إباحة وتبرع، وهو لم يقصد ذلك، ولم يخطر على قلبه، وقد يكون المدعى عليه مريضاً مرض الموت، ولو كان النكول بذلاً وإباحة، اعتبر خروج المدعى من الثلث»<sup>(١)</sup>.

وأجيب عن الاعتراضين الأخيرين بأن معنى البذل ترك المنازعة، وجريان البذل في الدين بناءً على ظن المدعي الذي لا معارض له، وبأن النكول بذل فيه شبهة الإقرار<sup>(٢)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن بعض الحنفية قد جعلوا هذا الخلاف الدائر بين أبي حنيفة وصاحبيه خلافاً لفظياً شكلياً، ومن هؤلاء الأستاذ علي حيدر حيث يقول: «وعلى كل؛ فإذا كان النكول بذلاً وفداءً فيستحق المدعي المدعى به، كما أنه إذا كان إقراراً فهو مسبب للحكم على المدعى عليه»<sup>(٣)</sup>.

ويبدو أن هذا الخلاف معنوي له آثاره في الفقه الإسلامي، فلو ادعى شخص نكاح امرأة واستخلفت فنكلت، فهل يقضى عليها بالنكول وتجعل زوجته؟ فإن قلنا: بـذل، لم نحكم بذلك، وكذلك لو ادعى شخص أن فلاناً قذفه، واستخلف المتهم

(١) الطرق الحكمية، ابن القيم، ص ١٢٥.

(٢) المصدر السابق، والإشارة نفسها.

(٣) درر الحكام، حيدر، ج ٤، ص ٦٥١.



فنكل، فهل يُجَدُّ للقذف؟ إن قلنا: النكول بذل، نحكم بذلك. وقد سبق أن أبا حنيفة يقول بحده<sup>(١)</sup>.

### المذهب الثالث:

ذهب الحنابلة إلى أن النكول كإقامة البينة. واستدلوا على ذلك بأن النكول ليس كالإقرار بالحق، لأنه لا يتأتى جعل الناكل مقراً بالحق مع إنكاره له، وليس النكول كبذل الحق؛ لأن البذل قد يكون تبرّعاً، ولا تبرع هنا؛ لانتفاء القصد والتبادر إلى الذهن<sup>(٢)</sup>.

واعترض على هذا الاستدلال بأن البينة قد حصرها الشارع في جانب المدعي بقوله: «البينة على المدعي»؛ لأنها حجته في إثبات حقه، ولولا عجز المدعي عن إقامة البينة لما توجهت اليمين إلى المدعى عليه<sup>(٣)</sup>.

فالقول بأن النكول بمنزلة البينة يلزم منه جعل البينة وظيفة المدعى عليه؛ وهذا فاسد، لأنه لا قائل به. واعترض عليه ثانياً بأن النبي ﷺ أجرى السكوت مجرى الإقرار والبذل في حق البكر إذا استؤذنت، فلم لا يصح أن يكون إقراراً أو بذلاً ههنا، مع وجود البواعث، وانتفاء الموانع، في مجلس القضاء؟.

وأجيب بأن البنت المستأذنة ليست ناكلةً، وإنما دليل الرضا بها استؤذنت فيه، لاستحيائها من الكلام، ولحقوق العار بها إذا هي طلبت لنفسها الزواج، فنزل سكوتها

(١) بدائع الصنائع، الكاساني، ج ٥، ص ٥١٧؛ الطرق الحكيمة، ابن القيم، ص ١٢٤ - ١٢٥.

(٢) انظر كشف القناع، البهوتي، ج ٦، ص ٣٣٩؛ الطرق الحكيمة، ابن القيم، ص ١٢٤ - ١٢٥.

(٣) انظر القضاء بالأيان والنكول، إدريس، ص ٣٥٢.

منزلة رضاها للضرورة. أما ههنا فالمدعى عليه لا يستحيي من الكلام، ولا عارَ عليه فيه، فلم يُشبهه البكر<sup>(١)</sup>.

### الترجيح بين الأقوال:

بعد استعراض ما ذهب إليه الفقهاء في تكييف النكول، وذكر استدلالاتهم ومناقشاتهم في ذلك، يبدو للباحث ترجيح رأي الحنابلة في قولهم: إن النكول يشبه إقامة البينة، وذلك لما ذكرنا من أن البينة عند بعض الفقهاء لا تنحصر في أمور معينة، وأنها اسم لما يبين الحق مطلقاً، وهو الرأي الذي رجحه الإمام ابن القيم حيث قال: «فتبين أنه لا إقرار ولا إباحة». وإنما هو جارٍ مجرى الشاهد والبينة، فإن «البينة» اسم لما يبين الحق. ونكوله، مع تمكنه من اليمين الصادقة التي يبرأ بها المدعى عليه ويتخلص بها من خصمه، دليل ظاهر على صحة دعوى خصمه، وبيان أنها حق، فقام مقام شاهد القرائن<sup>(٢)</sup> وهذا ما نرجحه، لأن السكوت في معرض الحاجة بيان. ولا مكان للقول بأن ذلك يلزم منه جعل البينة وظيفة المدعى عليه، لأن النكول بينة المدعى لا المدعى عليه<sup>(٣)</sup>.

ويؤكد الدكتور عبدالرزاق السنهوري من فقهاء القانبون أن النكول إقرار، معللاً ذلك بأن اليمين والإقرار من الطرق غير المباشرة للإثبات؛ لأن صحة الواقعة تستخلص

(١) انظر الطرق الحكمية، ابن القيم، ص ١٢٦.

(٢) انظر المصدر السابق، ص ١٢٦.

(٣) ويرجح الأستاذ الدكتور هاشم جليل أن يكون النكول بمثابة شاهد واحد يقدمه المدعى. انظر مسائل من الفقه المقارن، ج ٢، ص ٢٩٧.

من الإقرار بالاستنباط، ويأعفاء الخصم من الإثبات تصبح الواقعة ثابتة بطريق غير مباشر. واليمين احتكام لذمة الخالف، فإن حلف اعتبرت صحيحة نزولاً على مقتضى الاحتكام، ويكون الخصم قد أعفاه من الإثبات، وإن نكل كان بمثابة إقرارٍ يُعفي خصمه من الإثبات. وبناءً على اعتبار النكول إقراراً فإن أثره لا يتعدى الشخص الناكل وورثته، فحجته قاصرة كحجة الإقرار<sup>(١)</sup>. وبهذا يلتقي موقف القانون مع ما ذهب إليه كل من أبي يوسف ومحمد بن الحسن من الخفية<sup>(٢)</sup>.



(١) الوسيط، عبدالرزاق السنهوري، ج ٢، ص ٩٩-١٠٠؛ وسائل الإثبات، محمد الزحيلي، ج ١، ٤١٣، ج ٢، ص ٦٤٤.

(٢) بدائع الصنائع، الكاساني، ج ٥، ص ٣٤٠؛ بداية المجتهد، ابن رشد، ص ٨٣٣؛ المطرق الحكيمة، ابن القيم، ص ١٢٥؛ نهاية المحتاج، الرملي، ج ٦، ص ٣١٥.

## المبحث الثالث حكم القضاء بالنكول

تناول البحث فيما سبق تعريف النكول وبيان حقيقته وذكر اختلاف الفقهاء في التكييف الشرعي له: هل هو إقرار أو بذل أو بينة؟ وفي هذا المبحث يتركز البحث حول حكم القضاء بالنكول، ويبيّن أنظار الفقهاء في هذا الصدد ويناقش أدلتهم، مع بيان الراجح بالدليل، وذلك فيما يأتي:

### المذهب الأول:

ذهب فريق من الفقهاء إلى أنه لا يُقضى على المدعى عليه بمجرد نكوله؛ بل إذا نكل رُدَّت اليمين إلى المدّعي، فإن حلف قضي له، وإلا فلا. وهذا مذهب الأوزاعي وشريح وابن سيرين والنخعي، ومذهب مالك والشافعي<sup>(١)</sup>.

احتج أصحاب هذا المذهب بأدلة عديدة، نذكر من أهمها ما يأتي:

- ١- ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما «أن النبي ﷺ ردّ اليمين على طالب الحق»<sup>(٢)</sup> فهذا النص يدلُّ على مشروعية رد اليمين على طالب الحق، بعد نكول المدّعي عليه.

(١) انظر نهاية المطلب، الجويني، ج ١٩، ص ١١١؛ المتقى شرح موطأ مالك، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، ج ٧، ص ٥١٤؛ تبصرة الحكام، ابن فرحون، ج ١، ص ١٦٢؛ الطرق الحكمية، ابن القيم، ص ١١٦؛ المحلى، ابن حزم، ج ٤، ص ٥١٤؛ موسوعة الفقه المالكي، خالد عبدالرحمن العك، ج ٥، ص ٤٣٩-٤٤٠.

(٢) الحديث أخرجه البيهقي في السنن الكبرى والحاكم النيسابوري في المستدرک وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. السنن الكبرى، البيهقي، باب النكول ورد اليمين، حديث (٢٠٧٣٩)، ج ١، ص ٣١٠؛ المستدرک على الصحيحين، أبو عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري، ج ٤، ص ١١٠.

واعترض على هذا الاستدلال بأن هذا الخبر لا تعرف صحته<sup>(١)</sup>.

٢- ما روي عن ابن عباس، رضي الله عنهما، أن النبي ﷺ قال: «البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه»<sup>(٢)</sup>، فدلَّ على أن البينة هي حجة المدعي، واليمين حجة المدعى عليه، ولم يذكر النكول المجرد، ولو كان حجة للمدعي لذكره.

وأجيب بأن هذا الحديث لا يفهم منه أن لا يكون غير البينة واليمين حجة في القضاء، وبأن البينة أعمُّ من الإشهاد وأنها اسم لكل ما يبيِّن الحقَّ مطلقاً، ومنه النكول<sup>(٣)</sup>.

٣- روى الشعبي «أن المقداد استقرض من عثمان سبعة آلاف، فلما كان عند العطاء جاءه بأربعة آلاف، فقال عثمان: إنها سبعة آلاف، فقال المقداد: ما كانت إلا أربعة آلاف، فارتفعوا إلى عمر، فقال المقداد: يا أمير المؤمنين ليحلف أنها كما يقول ويأخذها، فأبى أن يحلف، فقال عمر: خذ ما أعطاك»<sup>(٤)</sup> ووجه هذا: أن المقرض إذا كان عالماً بصدق نفسه وصحة دعواه حلف وأخذ، وإن لم يعلم ذلك لم تصح دعواه، فإذا نكل عن اليمين لم يُقَضَّ له بمجرد نكول خصمه، لأنه قد لا يعلم صحة الدعوى، فكان من الإنصاف أن يقال للمدعي: إن كنت تعلم صحة دعواك فاحلف وخذ<sup>(٥)</sup>.

(١) المغني، ابن قدامة، ج ٩، ص ٢٣٦.

(٢) الحديث سبق تخريجه.

(٣) بدائع الصنائع، الكاساني، ج ٥، ص ٣٤٤-٣٤٥، ص ٥١٦-٥١٧.

(٤) الحديث أخرجه البيهقي وقال: إسناده صحيح إلا أنه منقطع، وأعله ابن حزم بالانقطاع كذلك. السنن الكبرى، البيهقي، باب النكول ورد اليمين، حديث (٢٠٧٠٤)، ج ١٠، ٣١٠؛ المحلى، ابن حزم، ج ٩، ص ٣٧٧.

(٥) انظر الطرق الحكمية، ابن القيم، ص ١٢٣.

وهذا الدليل قد يمكن الاعتراض عليه من جهة أن هذا اجتهد أصحابي، وليست الحجة في قول أحد دون المعصوم عليه السلام، وقد أعلَّ بعضهم الحديث بالانقطاع، لأن الشعبي لم يدرك المقداد، ولا عثمان، فكيف بعمر؟<sup>(١)</sup>.

٤- إن النكول كما يحتمل أن يكون تحزراً عن اليمين الكاذبة يحتمل أن يكون تورعاً عن اليمين، ولا يصح القضاء مع التردد والاحتمال<sup>(٢)</sup>.

ويمكن الاعتراض على هذا الدليل بأن التردد للورع في نفس الناكل لا يلزم منه تردد القاضي في القضاء؛ لأن القاضي يحكم بالأمانة الظاهرة.

٥- إن الشارع شرع اليمين مع الشاهد الواحد، تقويةً لشهادته، ونكول المدعى عليه أضعف من شاهد المدعي، فهو أولى أن يقوَّى بيمين الطالب، ليقوم مقام الشاهدين أو الشاهد واليمين<sup>(٣)</sup>.

وردّ هذا الاستدلال بأن الشهادة لما كانت لإثبات الدعوى، واليمين لإبطالها وجب إن نكل عن اليمين أن تحقَّ عليه الدعوى<sup>(٤)</sup>.

### المذهب الثاني:

يرى أصحاب هذا المذهب أن المدعى عليه يقضى عليه بمجرد نكوله عن اليمين،

(١) المحلى، ابن حزم، ج ٩، ص ٣٨١.

(٢) انظر مغني المحتاج، الشربيني، ج ٦، ص ٤٥٢؛ بدائع الصنائع، الكاساني، ج ٥، ص ٣٤٥؛ القضاء والإثبات، أبو العنين، ص ٤٠٤.

(٣) انظر الطرق الحكمية، ابن القيم، ص ١١٧.

(٤) بداية المجتهد، ابن رشد، ص ٨٣٤.

على التفصيل الذي ذكرناه في مطلب « ما يقضى فيه بالنكول »، وهو مذهب الأحناف والحنابلة<sup>(١)</sup>.

واستدل أصحاب هذا المذهب لما ذهبوا إليه بجملة أدلة، من أهمها ما يأتي:

١- حديث: « لو يُعطى الناس بدعواهم لادّعى ناسٌ دماءَ رجالٍ وأموالهم، ولكن اليمين على المدّعى عليه »<sup>(٢)</sup>، وحديث: « البيّنة على المدّعي، واليمين على من أنكر »، وفي رواية أخرى: « واليمين على المدّعي عليه »<sup>(٣)</sup>.

ووجه الاستدلال: أن الحديثين أفادا أن واجب المدّعى عليه المنكر هو حلف اليمين، والنكول يُعدُّ تركاً للواجب، فلا يُعذرُ التّأكلُ مع وجود بواعث الحلف باليمين<sup>(٤)</sup>.

٢- ما روي أن شريحاً قضى على رجل بالنكول، فقال المدّعى عليه: أحلف، فقال شريح: « قضي قضائي » وفي رواية « قضي قضاؤك »<sup>(٥)</sup>.

واعترض بأن هذا اجتهاد من ليس بمعصوم ولا تقوم به حجة<sup>(٦)</sup>.

(١) بدائع الصنائع، الكاساني، ج ٥، ص ٣٤٤-٣٤٥، ص ٣٤٠-٣٤١؛ الروض المربع، البهوتي، ص ٥٢٣؛ المغني، ابن قدامة، ج ٧، ص ٤٤٥؛ الكافي، ابن قدامة المقدسي، ج ٤، ص ٥١٣-٥١٤؛ المنتقى، الباجي، ج ٧، ص ٥٠٤، ص ٥١٤.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) انظر القضاء بالأيمان والنكول، إدريس، ص ٣٦٩.

(٥) انظر بدائع الصنائع، الكاساني، ج ٥، ص ٣٤٥.

(٦) المحلى، ابن حزم، ج ٩، ص ٣٧٦.

٣- ما روي عن سالم بن عبدالله بن عمر بن الخطاب « أن أباه عبدالله باع عبداً له بثمانمائة درهم بالبراءة، ثم إن صاحب العبد خاصم فيه ابن عمر إلى عثمان بن عفان، فقال عثمان بن عفان لابن عمر: أخلف بالله لقد بعته وما به من داءٍ علمته، فأبى ابن عمر من أن يحلف، فردّ عليه عثمانُ العبدُ»<sup>(١)</sup> ووجه الاستشهاد قضاء عثمان برّد المبيع على البائع بمجرد النكول عن الحلف، ثم لم ينكر ذلك ابن عمر من حكمه، ورآه له لازماً<sup>(٢)</sup>.

٤- إن نكول المدّعى عليه يحمل في طياته أمارّة كذبه، فيكون المدعي صادقاً في دعواه، فوجب أن يقضى له كما لو أقام البينة، لأن المدّعى عليه لو كان صادقاً في إنكاره لما نكل عن اليمين<sup>(٣)</sup>.

واغترض هذا الاستدلال بأنّه لو ظهر صدق المدّعي في دعواه بمجرد نكول المدّعي عليه لما ردّ النبي ﷺ اليمين على المدّعي<sup>(٤)</sup>.

٥- قال ابن رشد: «عمدة من قضى بالنكول أن الشهادة لما كانت لإثبات الدعوى، واليمين لإبطالها وجب إن نكل عن اليمين أن تحقّ عليه الدعوى»<sup>(٥)</sup>.

### المذهب الثالث:

ذهب فريق من الفقهاء إلى أنه لا يقضى بالنكول، ولا بالردّ، ولكن يجبس الناكل (المدّعى عليه) حتى يجيب بإقرار أو إنكارٍ يحلف معه. نقل هذا الرأي عن ابن أبي ليلى،

(١) أخرجه الإمام ابن حزم بسنده في المحلى، ج ٩، ص ٣٧٣.

(٢) الطرق الحكمية، ابن القيم، ص ١١٤.

(٣) انظر بدائع الصنائع، الكاساني، ج ٥، ص ٣٤٥؛ القضاء والإثبات، أبو العيين، ص ٤٠٢-٤٠٣.

(٤) الطرق الحكمية، ابن القيم، ص ١١٩.

(٥) بداية المجتهد، ابن رشد، ص ٨٣٤.



وهو وجه لأصحاب الشافعي، وقول في مذهب الإمام أحمد، وإليه ذهب الظاهرية إلا في حالات استثنائية ثلاث<sup>(١)</sup>.

واستدل هؤلاء الفقهاء بجملة أدلة نجملها فيما يأتي:

١- إن الشارع أوجب على المدعى عليه الحلف باليمين، وحيث نكل كان ممتنعاً عما يجب عليه، فإذا لم يؤخذ بذلك وأطلق له العنان كان القاضي بذلك قد أعانه على الإثم والعدوان، وهو منهي عنه شرعاً لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعَاوُزُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [المائدة: ٢].

٢- واستدلوا بالنصوص التي تدل على حصر البيئة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، وقالوا: يجب المصير إلى ذلك مطلقاً، وذلك باتخاذ الإجراءات اللازمة لتحقيق ذلك، بأن يجبس أو يعزّر. ثم إن الناكل مقترف لأمر منكر، فوجب تغييره باليد، وهو الضرب فيمن لم يمتنع بقوة، والسلاح في المدافع بيده الممتنع من أخذه بالحق<sup>(٢)</sup>.

٣- استدلوا بأنه لم يأت قرآن ولا سنة ولا إجماع على القضاء بالنكول ولا باليمين المردودة. وجاء نص القرآن برد اليمين في مسألة الوصية، ونص السنة بردها في مسألة

(١) انظر المنتقى، الباجي، ج ٧، ص ٥٠٤؛ نهاية المحتاج، الرمي، ج ٨، ص ٣٦٠؛ روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، ج ١٢، ص ٤٩؛ الفروع، ابن مفلح، ج ٦، ص ٤٧٨؛ الطرق الحكيمة، ابن القيم، ص ١١٨؛ المحلى، ابن حزم، ج ٩، ص ٣٧٢-٣٧٣. والحالات الاستثنائية الثلاث عند الظاهرية هي: القسمة إذا لم تكن لأولياء المقتول بينة ونكلوا عن أبيان القسامة، وإذا قام للمدعي بدعواه شاهد واحد أو امرأتان ونكلوا عن الحلف، والوصية في السفر إذا لم يشهد عليه إلا كفار، فيحلف الشاهدان مع شهادتهما، فإن نكلا لم يقض بشهادتهما، وإن قامت بعد ذلك بينة من المسلمين حلف اثنان منهم مع شهادتهما، وحكم بها وفسخ ما شهد به الكافران، فإن نكلا بطلت شهادتهما وبقي الحكم الأول كما حكم به. انظر المحلى، ابن حزم، ج ٩، ص ٣٧٣-٣٧٦-٣٧٧؛ الطرق الحكيمة، ابن القيم، ص ١١٨.

(٢) انظر المحلى، ابن حزم، ج ٩، ص ٣٨٣.

القسامة، والشاهد واليمين، فاقصرنا على ما جاء به كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ ولم نعد ذلك إلى غيره، وليس قول أحد حجة سوى قول المعصوم، وكل من سواه فما أخذ من كلامه ومثروك<sup>(١)</sup>.

ونوقش هذا الاستدلال بأن القضاء بالنكول قد أرشد إليه كتاب الله وسنة رسوله ﷺ. أما الكتاب فإن الشارع شرع الأيمان في جانب المدعي إذا احتاج إلى ذلك، وتعذرت عليه إقامة البيعة، وشهدت القرائن بصدقه، كما في اللعان، وشرع عذاب المرأة بالحد بنكولها مع يمينه، فإذا كان هذا شأن الحدود التي تدرأ بالشبهات فلأن شرع الحكم بها يمين المدعي مع نكول المدعي عليه في الأموال ونحوها أولى وأجدر، على أن السنة أيضاً قد أرشدت إلى ذلك في تشريعها اليمين في جانب المدعي إذا أقام شاهداً واحداً، وإن لم يرض الخصم؛ وهذا المعنى أقوى في الحكم بالنكول ورد اليمين إلى المدعي عليه<sup>(٢)</sup>.

أما استدلالهم على وجوب اليمين وأخذ الناكل في نكوله بالضرب أو الحبس بأنه مقترف منكر ومعصية، فلا يعان عليه؛ فقد نوقش بأن الناكل قد يكون معذوراً في نكوله غير آثم به، فقد يتخرج من الحلف مخافة موافقة قضاء وقدر، كما روي ذلك عن جماعة من السلف، ومنه ما سبق ذكره عن الخليفة الراشد عثمان بن عفان مع المقداد، زمن خلافة عمر.

وأما استدلالهم بأن نكول المدعي عليه منكر يجب تغييره باليد، فقد عورض بأن النكول لا يكون منكراً مطلقاً؛ بل قد يكون مستحباً أو جائزاً، وقد يكون معصية. ثم إن

(١) الطرق الحكمية، ابن القيم، ص ١٢٠.

(٢) المصدر السابق، ص ١٢١-١٢٢.

في اليمين حقاً له وحقاً عليه، فإنَّ في يمينه التخلص من الدعوى، فهو كما امتنع من الحق الذي وجب عليه لغيره، امتنع من تخليص نفسه من خصمه باليمين، فلم يكن امتناعاً عن حق غيره المحض<sup>(١)</sup>.

#### المذهب الرابع:

ذهب بعض الفقهاء إلى أن القضاء بالنكول صحيح، لكن ينظر: فإن كان المدعي مُتَهِماً ردت عليه اليمين، وإن لم يكن متهماً قضي عليه بنكول خصمه. وهذا القول مروي عن ابن أبي ليلى<sup>(٢)</sup>.

قال ابن القيم: «وله حظ من الفقه؛ فإنه إذا لم يكن متهماً غلب على الظن صدقه، فإذا نكل خصمه قوي ظن صدقه، فلم يحتج إلى اليمين، وأما إذا كان متهماً لم يبق معنا إلا مجرد النكول فقولنا ببرد اليمين عليه، وهذا نوع من الاستحسان»<sup>(٣)</sup>.

#### المذهب الخامس:

ذهب الإمام ابن القيم إلى أن القضاء بالنكول صحيح، لكن رد اليمين إلى المدعي أو عدمه منوط بسياسة القاضي ومراعاته للمناسبة والحكمة، فإذا احتاج الأمر إلى الرد إلى اليمين على المدعي، وإذا لم يحتج اكتفى بنكول المدعي عليه، وعزا ابن القيم هذا الرأي إلى شيخه الإمام ابن تيمية (رحمه الله)، وهو أعم من الرأي السابق<sup>(٤)</sup>.

(١) انظر الطرق الحكيمة، ابن القيم، ص ١٢٣-١٢٤.

(٢) انظر بداية المجتهد، ابن رشد، ص ٨٣٣؛ الطرق الحكيمة، ابن القيم، ص ١٢٤.

(٣) الطرق الحكيمة، ابن القيم، ص ١٢٤.

(٤) المصدر السابق، ص ١٢٣.

واستند هذا الفريق إلى الأدلة التي استدل بها أصحاب المذهبين الأوّلين جملةً، وقيدوا بعضها ببعض، واستندوا أيضاً إلى السوابق القضائية في عهد الخلفاء الراشدين. وفي هذا يقول الإمام ابن القيم: « ولما كانت أفهام الصحابة (رضي الله عنهم) فوق أفهام جميع الأمة، وعلمهم بمقاصد نبيهم ﷺ وقواعد دينه وشرعه، أتم من علم كل من جاء بعدهم، عدلوا عن ذلك إلى غير هذه المواضع... وحكموا بالرد مع النكول في موضع، وبالنكول وحده في موضع، وهذا من كمال فهمهم وعلمهم بالجامع والفارق والحكم والمناسبات، ولم يرتضوا لأنفسهم عبارات المتأخرين واصطلاحاتهم وتكليفاتهم، فهم كانوا أعمق الأمة علماً، وأقلهم تكلفاً. والمتأخرون عكسهم في الأمرين »<sup>(١)</sup>.

ومثال رد اليمين على المدعي في سوابق الخلفاء الراشدين القضائية ما رواه الشعبي من « أن المقداد استقرض من عثمان سبعة آلاف، فلما كان عند العطاء جاءه بأربعة آلاف، فقال عثمان: إنها سبعة آلاف، فقال المقداد: ما كانت إلا أربعة آلاف، فارتفعوا إلى عمر، فقال المقداد: يا أمير المؤمنين ليحلف أنها كما يقول ويأخذها. فقال عمر: أنصفك، احلف أنها كما تقول وخذها، فأبى أن يحلف، فقال عمر: خذ ما أعطاك »<sup>(٢)</sup>.

ومثال عدم الرد على المدعي ما رواه سالم بن عبدالله بن عمر « أن أباه عبدالله باع عبداً له بثمانمائة درهم بالبراءة، ثم إن صاحب العبد خاصم فيه ابن عمر إلى عثمان بن عفان، فقال عثمان بن عفان لابن عمر: احلف بالله لقد بعته وما به من داء علمته، فأبى ابن عمر

(١) الطرق الحكيمة، ابن القيم، ص ١٢٢.

(٢) سبق تخريجه.

من أن يحلف، فردّ عليه عثمان العبد<sup>(١)</sup> «فعثمان بن عفان (رضي الله عنه) حكم على ابن عمر (المدعى عليه) بالنكول، ولم يردّ اليمين على المدعى؛ لأنه لا يمكن أن يحلف المدعى على أن المدعى عليه كان عالماً بالعيب، حيث لا يمكن للمدعى أن يعلم ذلك، ولذلك لا يكلف به بعد نكول المدعى عليه، حيث تتعذر اليمين: إنه كان عالماً بالعيب، وإنه كتمه مع العلم به<sup>(٢)</sup>».

### الترجيح بين الأقوال:

بعد هذا العرض المدلل لأراء الفقهاء وأرباب المذاهب الفقهية يبدو للباحث رجحان الرأي الذي أشار إليه الإمام ابن تيمية وتلميذه الإمام ابن القيم - رحمهما الله تعالى - من أن القضاء بالنكول صحيح، وأن رد اليمين على المدعى أو عدمه منوط بتحقيق المصلحة الشرعية والنظر في ظروف القضية وملابسات أحوالها. وعليه؛ إذا رأى القاضي الحكمة والسياسة في رد اليمين على المدعى، فعَل ذلك، وإذا لم يَر ما يوجب ذلك من دواعٍ وبواعث في ظروف القضية، وملابساتها، قضى عليه بمجرد النكول، وذلك جمعاً بين الأدلة الواردة في هذا الشأن، التي ساقها أصحاب هذه المذاهب المتنوعة، حيث لا توجد نصوص قطعية تفيد رأياً بعينه، على أن آثار الصحابة وسوابقهم في القضاء تؤيد هذا الاتجاه.

فلو رأى القاضي أن المدعى متهم ردّ إليه اليمين، وإذا رآه غير متهم اكتفى بنكول المدعى عليه، وقضى به، وإذا كان الناكل من المعروفين بالغدر والكذب والنصب

(١) المحلى، ابن حزم، ج ٩ ص ٣٧٣.

(٢) الطرق الحكيمة، ابن القيم، ص ١٢٢-١٢٣.

والاحتتيال، ورأى ضربه وحبسه تعزيراً؛ فَعَلَّ ذلك حتى يقرَّ أو يحلف، ولا يكون ذلك عوناً له على المعاصي إذا ترك ونكولَه.

فالقاضي يتصرف بما يحقق المصلحة، ويدراً المفسدة، عملاً بقاعدة «تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة»<sup>(١)</sup>؛ فهو نائب عن الإمام في فصل الخصومات، والقضاء بالحقوق، وتعيين الواجبات<sup>(٢)</sup>.

وقد سلك القانون الوضعي في بعض البلاد العربية مسلك الأخذ باليمين مع النكول، فكل من توجهت عليه اليمين في القانون إما أن يحلف أو يردَّ أو ينكل، فإن حلف انتهى النزاع، وإن ردَّ صح رده، وإن نكل حكم عليه بالنكول. وبذلك لا تبقى اليمين حجة موجهة على النفي؛ بل تصبح موجهة على الإثبات أيضاً، فكما جاز لأحدهما أن يحتكم إلى ذمة الآخر في إحدى الوقائع أجاز القانون لخصمه أن يحتكم إلى ذمته في الواقعة ذاتها. غير أن القانون حدّد اليمين المردودة بالحالات التي يشترك فيها الطرفان علماً، أما إذا اختص علم القضية بأحد طرفي الواقعة فلا يجوز فيها ردّ اليمين. وهذا يقرب مما ذهب إليه ابن القيم من أن رد اليمين لا يصح عند تعذرهما، كما تقدم<sup>(٣)</sup>.



(١) انظر القواعد الفقهية، علي أحمد الندوي، ص ٣١٧ وما بعدها.

(٢) يقول ابن رشد: «اتفقوا أن القاضي نائب عن الإمام الأعظم». بداية المجتهد، ابن رشد، ص ٨٢٧.

(٣) المادة ١١٨ من قانون الإثبات المصري، المادة ١١٦ من قانون البينات السوري؛ وانظر الإثبات في المواد المدنية، عبد المنعم الصدة، ص ٤٥٠؛ وسائل الإثبات، محمد الزحيلي، ج ١، ص ٤١٣-٤١٤.

## الخاتمة

يمكننا تلخيص أهم النتائج التي توصل إليها هذا البحث فيما يأتي:

أولاً: إن الشريعة الإسلامية ألت بالقواعد والطرق القضائية، وعالجت أشد المسائل تعقيداً في مجال القضاء كغيره من المجالات التشريعية، كما أن فقهاء الشريعة أُلوا الإماماً كبيراً بكل ما يحتاجه القانوني وما يحتاجه القاضي من فقه ومعالجة للواقع، وسن وتوجيه فقهي محكم للافتراضات التشريعية اللازمة.

ثانياً: إن الإثبات بالنكول في القضاء الإسلامي شاهد حق على مدى مراعاة التشريع الإسلامي لعلوم النفس والاجتماع، حيث إن الفقهاء لم يصبوا فقههم على المشهد الخارجي والبنيان الظاهري للوقائع والأحداث فحسب، بل على المعاني والحكم والمناسبات أيضاً، وعلى التمييز بين الجامع والفارق من الأحكام والوقائع. فكانت المعاني إلى جانب المباني عماداً أصولياً يترأوده الفقهاء، وينسجون فقههم على منواله.

ثالثاً: إن الإثبات يعني إقامة الدليل الشرعي في مجلس القضاء على حق أو واقعة من الوقائع تترتب عليها آثار. والنكول هو امتناع من وجبت عليه اليمين أو له من اليمين.

رابعاً: النكول نوعان؛ حقيقي بأن يصرح بأنه ناكل أو لا يحلف، وحكمي كأن يعرض عليه القاضي اليمين ولا يجيب، ولا خلاف في اعتبار الأول، أما الثاني فاختلَفوا: هل للقاضي الحكم على مقتضى نكوله مباشرة أو بعد قضائه عليه بالنكول؟ وقد ينكل المدعى عليه عن حضور مجلس القضاء فعلى القاضي إبلاغه بالحضور، وتحذيره، ثم طلب نصب وكيل منه، وإلا وكل عنه القاضي وقضى عليه إذا ثبتت عنده الدعوى.

خامساً: اختلف الفقهاء فيما يقضى فيه بالنكول بعد اتفاقهم على أنه يصلح أن يكون دليلاً مثبتاً في الأموال، ما عدا الظاهرية؛ هل يقضى بالنكول في قضايا القصاص بالنفس وفي الطرف والسرقة والقذف؟ فمنهم من قضى في ذلك كله ما عدا القصاص بالنفس كأبي حنيفة، ومنهم من قضى في السرقة والقذف والقصاص كالأموال، وهو مذهب الصاحبين.

سادساً: اختلف الفقهاء في التكيف الشرعي للنكول، فقال الصاحبان: إقرار. وقال أبو حنيفة: بطل. وقال الحنابلة: كالبينة، وهو الراجح؛ لأن البينة على الراجح اسم لما بين الحق مطلقاً. وقد ذهب بعض الحنفية المتأخرين إلى أن الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه خلاف لفظي؛ لكن التحقيق أنه خلاف معنوي ترتب عليه آثار فقهية، كما أوضحنا.

سابعاً: اختلف الفقهاء في النكول هل هو طريق من طرق الإثبات؟ فذهب فريق منهم إلى أنه حجة في الإثبات. وقال آخرون: بشرط رد اليمين على المدعي؛ بينما ذهب الظاهرية إلى أنه لا يكون حجة مطلقاً، بل يؤمر بحبس الناكل وضربه حتى يقر أو يحلف، فلا يقضى له بمجرد نكول خصمه. وذهب الإمام ابن تيمية وابن القيم إلى أعم من هذا الرأي، وقالوا: إن القضاء بالنكول صحيح؛ أما الرد إلى المدعي فيدور مع المصلحة والحكمة التي يراها القاضي ويستجليها من ظروف الواقعة وملابسات القضية. وهذا الرأي هو الذي يراه الباحث راجحاً؛ لأن النكول من باب السكوت، ويتوقف بيانه على القرائن الخارجية، وهذه القرائن هي التي تسوق القاضي إلى طريقة الاحتجاج به، فكان لازماً اعتبار المصلحة والسياسة اللتين تظهران له في سياق القضية المعروضة ومرافعتها.





## قائمة المصنّاور

- ١- الإثبات في المواد المدنية، عبد المنعم فرج الصدة (القاهرة: مطبعة مصطفى الحلبي، ط ٢، ١٩٥٤).
- ٢- الإشراف على نكت مسائل الخلاف، القاضي أبو محمد عبد الوهاب بن علي البغدادي المالكي، تحقيق محمود مجيد الكبيسي (أبو ظبي: دار الإمام مالك، ط ١، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م).
- ٣- البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، أحمد بن يحيى بن المرتضى، (بيروت: مؤسسة الرسالة، د. ط، ١٩٧٥م).
- ٤- بحوث فقهية في قضايا معاصرة، عارف علي عارف (أرييل: مطبعة آراس، ط ١، ٢٠١٠م).
- ٥- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، تحقيق علي معوض وعادل عبد الموجود (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ٢، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م).
- ٦- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، علاء الدين أبوبكر بن مسعود الكاساني، تحقيق محمد عدنان درويش (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ٢، ١٤١٩هـ - ١٩٩٨م).
- ٧- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، برهان الدين إبراهيم بن فرحون، تعليق جمال المرعشلي (بيروت: دار الكتب العلمية، ط ١، ١٤١٦ - ١٩٩٥م).
- ٨- الجامع لأحكام القرآن، أبو عبد الله محمد بن أحمد القرطبي، تحقيق أحمد البرديني وإبراهيم أطفيش (القاهرة: دار الكتب المصرية، ط ٢، ١٣٨٤هـ / ١٩٦٤م).

- ٩- دور الحكام شرح مجلة الأحكام، علي حيدر (بيروت: دار الجليل، ط ١، ١٤١١ هـ - ١٩٩١ م).
- ١٠- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، محمد أمين بن عمر بن عابدين، تحقيق عبدالمجيد طعمة حلي (بيروت: دار المعرفة، ط ١، د.ت).
- ١١- الروض المربع بشرح زاد المستقنع، منصور بن يونس البهوتي، تحقيق عدنان درويش (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ١، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٢ م).
- ١٢- روضة الطالبين وعمدة المفتين، أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، إشراف زهير الشاويش (بيروت: المكتب الإسلامي، ط ٣، ١٤١٢ هـ - ١٩٩١ م).
- ١٣- سنن الترمذي، أبو عيسى محمد بن عيسى الترمذي، تحقيق بشار عواد معروف (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ط ٢، ١٩٩٨ م).
- ١٤- السنن الكبرى، أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، تحقيق محمد عبدالقادر عطا (د.م: د.د، ط ٣، ١٤٢٤ هـ / ٢٠٠٣ م).
- ١٥- صحيح البخاري، أبو عبدالله محمد بن إسماعيل البخاري، تحقيق محمد زهير الناصر (د.م: دار طوق النجاة، ط ١، ١٤٢٢ هـ).
- ١٦- صحيح مسلم، مسلم بن الحجاج القشيري، تحقيق محمد فؤاد عبدالباقي (بيروت: دار إحياء التراث العربي، د.ط، د.ت).
- ١٧- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، شمس الدين محمد بن أبي بكر ابن قيم الجوزية (القاهرة، مطبعة السنة المحمدية، د.ط، ١٣٧٢ هـ - ١٩٥٣ م).

١٨- الفروع، ابن مفلح، مراجعة عبدالستار أحمد فراج (بيروت: عالم الكتب، ط ٤، ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م).

١٩- الفروق، شهاب الدين أبو العباس أحمد بن إدريس الصنهاجي القرافي، تحقيق عبدالحميد هندأوي (بيروت: المكتبة العصرية، د.ط، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م).

٢٠- فقه القضاء والدعوى والإثبات: دراسة مقارنة بين المذاهب الفقهية وقانون الإمارات، محمد الزحيلي (الشارقة: مطبوعات جامعة الشارقة، ط ١، ١٤٢٢هـ-٢٠٠٢م).

٢١- القاموس المحيط، مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق محمد المرعشلي (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ٢، ١٤٢٤هـ-٢٠٠٣م).

٢٢- القضاء بالأيمان والنكول، عبدالفتاح محمود إدريس (القاهرة: جامعة الأزهر، ط ١، ١٤١٤هـ-١٩٩٣م).

٢٣- القضاء والإثبات في الفقه الإسلامي، عبد الفتاح محمد أبو العينين (القاهرة: مطبعة الأمانة، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م).

٢٤- القواعد الفقهية، علي أحمد الندوي، تقديم مصطفى الزرقا (دمشق: دار القلم، د.ط، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م).

٢٥- كشف القناع عن متن الإقناع، منصور بن يونس البهوتي (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٢هـ-١٩٨٢م).

٢٦- لسان العرب، ابن منظور الإفريقي (بيروت: دار صادر، ١٩٥٦م-١٣٧٥هـ).

- ٢٧- المحلى، أبو محمد علي بن أحمد بن حزم الظاهري، تحقيق أحمد شاكر (بيروت: دار الآفاق الجديدة، د.ط، د.ت).
- ٢٨- مسائل من الفقه المقارن، هاشم جميل عبدالله (دمشق: دار الزبيق، ط ١، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م).
- ٢٩- المستدرك على الصحيحين، أبو عبدالله محمد بن عبدالله الحاكم النيسابوري، إشراف يوسف المرعشي (بيروت: دار المعرفة، ط ١، د.ت).
- ٣٠- المصباح المنير، أحمد بن محمد الفيومي (بيروت: مكتبة لبنان، د.ط، ١٩٨٧).
- ٣١- المعلم بفوائد مسلم، أبو عبدالله محمد بن علي المازري، تحقيق محمد الشاذلي النيفر (تونس: دار الغرب الإسلامي، ط ٣، ٢٠١٢م).
- ٣٢- معين الأحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام، علاء الدين الطرابلسي الحنفي (دمشق: دار الفكر، د.ط، د.ت).
- ٣٣- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للنووي، محمد بن محمد الخطيب الشربيني، تحقيق علي عاشور (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ١، د.ت).
- ٣٤- المغني مع الشرح الكبير، ابن قدامة المقدسي (بيروت: دار الكتاب العربي، ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م).
- ٣٥- المتقى شرح موطأ مالك، أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، ط ١، ١٤٣٣هـ - ٢٠١٢م).

٣٦- منح الجليل على مختصر خليل، أبو عبدالله محمد أحمد عيش (بيروت: دار صادر، د. ط، د. ت).

٣٧- موسوعة الفقه الإسلامي (القاهرة: دار الكتاب المصري، د. ط، د. ت).

٣٨- موسوعة الفقه المالكي، خالد عبدالرحمن العك (دمشق: دار الحكمة، ط ١، ١٤١٣هـ-١٩٩٣م).

٣٩- الموسوعة الفقهية (القاهرة: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، د. ط، د. ت).

٤٠- نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار المعروف بتكملة فتح القدير، شمس الدين أحمد بن محمود الرومي، المعروف بقاضي زاده (دمشق: دار الفكر، ط ١، د. ت).

٤١- نصب الراية لأحاديث الهداية، جمال الدين بن يوسف الزيلعي (بيروت: المكتب الإسلامي، ط ٢، د. ت).

٤٢- نظام المرافعات: دراسة فقهية مقارنة بين الشريعة والقانون المدني الأردني، عبدالوهاب خيرى العاني (كوالالمبور: الجامعة الوطنية، رسالة دكتوراه غير منشورة سنة ٢٠٠٧).

٤٣- نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية، محمد نعيم ياسين (عمان: دار النقائس، ط ٢، ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م).

٤٤- النظرية العامة لإثبات موجبات الحدود، عبدالله العلي الركبان (بيروت: مؤسسة الرسالة، ط ١، ١٤٠١هـ-١٩٨١م).

٤٥- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ابن شهاب الرملي (مصر: مكتبة مصطفى البابي الحلبي، ط ٢، ١٣٨٦هـ-١٩٦٧م).

- ٤٦- نهاية المطلب في دراية المذهب، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، تحقيق  
عبد العظيم الديب (جدة: دار المنهاج، ط ٣، ١٤٣٢هـ - ٢٠١١م).
- ٤٧- الهداية في شرح بداية المبتدي، برهان الدين علي بن أبي بكر المرغيناني (بيروت: دار  
إحياء التراث العربي، ط ١، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م).
- ٤٨- وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية،  
محمد الزحيلي (بيروت: مكتبة دار البيان، الطبعة الشرعية، ١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧م).
- ٤٩- الوسيط في شرح القانون المدني، عبدالرزاق أحمد السنهوري (القاهرة: دار النهضة  
العربية، ط ١، ١٩٧٢).

